

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO | ESCOLA DE LISBOA

CAROLINA ALVIM DA GRAÇA REIS

## A PRISÃO DA LINGUAGEM E A LINGÜÍSTICA DA PRISÃO

UMA LEITURA DE *SURVEILLER ET PUNIR* DE MICHEL FOUCAULT

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de  
Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa  
para obtenção do grau de Mestre em Direito Forense,  
especialização em Direito e Processo Penal.

SOB A ORIENTAÇÃO DO PROFESSOR DOUTOR PEDRO GARCIA MARQUES

ABRIL DE 2019



UNIVERSIDADE CATÓLICA DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO | ESCOLA DE LISBOA

CAROLINA ALVIM DA GRAÇA REIS

**A PRISÃO DA LINGUAGEM E A LINGÜÍSTICA DA PRISÃO**

UMA LEITURA DE *SURVEILLER ET PUNIR* DE MICHEL FOUCAULT

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de  
Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa  
para obtenção do grau de Mestre em Direito Forense,  
especialização em Direito e Processo Penal.

SOB A ORIENTAÇÃO DO PROFESSOR DOUTOR PEDRO GARCIA MARQUES

ABRIL DE 2019

## Resumo:

A presente dissertação tem como objetivo estudar a história da pena de prisão e perceber porque é que, ainda hoje, se trata da pena de eleição do Direito Penal.

Para tal, o presente trabalho apoia-se no pensamento de Michel Foucault e, essencialmente, na sua obra *Surveiller et Punir*. Confrontados com o caráter de “evidência” e as falhas que, segundo este autor, a prisão apresenta desde as suas origens, interrogar-nos-emos sobre o porquê desta evidência e se será possível, nos dias de hoje, ultrapassá-la para conseguir encontrar uma alternativa viável.

Recorreremos assim à linguística jurídica e, principalmente, ao trabalho de Gérard Cornu e Edward Sapir. Concluiremos que para conseguir sequer conceber uma alternativa à pena de prisão, será necessário reformar a linguagem do Direito e permitir a sua abertura a novos conceitos, lógicas e interlocutores.

Palavras-chave: Prisão. *Surveiller et Punir*. Vigiar e Punir. Michel Foucault. Linguística jurídica. Alternativas à prisão.

## Abstract:

This thesis aims to study the history of legal imprisonment and to understand why, even today, it is the penalty of choice of criminal law.

To this end, the present work is based on the thought of Michel Foucault and, essentially, on his book *Surveiller et Punir*. Confronted with the character of "evidence" and the flaws that, according to this author, prison presents since its origins, we will reflect on the reasons why it is evident and whether it is possible, today, to overcome it and find a viable alternative.

We will thus make use of legal linguistics and, mainly, the work of Gérard Cornu and Edward Sapir. We will conclude that in order to be able to devise an alternative to imprisonment, it will be necessary to reform the language of the law and to open it up to new concepts, logics and interlocutors.

Keywords: Prison. *Surveiller et Punir*. Discipline and Punish. Michel Foucault. Legal linguistics. Alternatives to prison.

*“Je ne dis pas les choses parce que je les pense, je dis les choses pour ne plus les penser.”*

Michel Foucault

## Índice

|   |    |
|---|----|
| <u>Introdução</u> .....   | 4  |
| <b>I- A prisão de Michel Foucault</b> .....                                     | 5  |
| 1- Mudança de paradigma: o desaparecimento dos suplícios e a Reforma Penal..... | 7  |
| 2- O nascimento da prisão .....   | 11 |
| 3- Uma sociedade disciplinar .....  | 14 |
| 4- A prisão: a “ <i>detestável solução</i> ” .....                              | 19 |
| 5- Alternativas à prisão .....  | 22 |
| <b>II- A Linguística Jurídica</b> .....   | 24 |
| 1- Definição e Objeto .....   | 24 |
| 2- Uma linguagem do direito .....   | 25 |
| 3- Os interlocutores do Direito.....  | 27 |
| 4- As principais funções da linguagem .....                                     | 28 |
| 5- A relação entre a linguagem e o Direito: a função da linguística .....       | 29 |
| <b>III- A prisão da linguagem</b> .....   | 30 |
| 1- Um discurso limitado pela episteme .....                                     | 30 |
| 2- Um discurso limitado pelo Direito.....                                       | 31 |
| 3- O relativismo linguístico: a prisão da linguagem .....                       | 33 |
| 4- Necessidade de abertura da linguagem do direito.....                         | 35 |
| <u>Conclusão</u> .....  | 38 |
| <u>Referências Bibliográficas</u> .....   | 39 |

## Introdução

O Direito Penal, tanto na sua vertente material como processual, assenta na certeza da eficácia da sua pena. Sem esta certeza, o raciocínio penal desmorona-se pois tornar-se-ia mera constatação de uma desordem social, sem qualquer poder de reação: a pena é a consequência jurídica do crime, a arma do Direito contra os ataques à sua sociedade, e é desta dualidade crime/pena que depende a totalidade do Direito Penal. Assim, a abolição da sanção “*conduziria à abolição do próprio direito penal*”<sup>1</sup>.

Atualmente, a execução da pena é realizada por via de vários mecanismos. No entanto, é a pena privativa da liberdade, assegurada pelo sistema penitenciário, que aparece como a principal solução penal. Poderíamos assim deduzir que a pena de prisão seria a forma mais eficaz de cumprir com as finalidades da pena. “*No entanto, os mais conceituados penalistas de craveira internacional afirmam que se pede à pena de prisão mais do que ela pode dar. E que a cadeia até pode prejudicar os esforços para prevenir a criminalidade*”<sup>2</sup>. A constatação das falhas da pena privativa da liberdade não é uma novidade. De facto, em 1975, na sua obra *Surveiller et Punir*, Michel Foucault refere-se à prisão, no início do século XIX, como a “*detestável solução*”<sup>3</sup>. A leitura desta obra nos dias de hoje surpreende pela sua atualidade e coloca a questão: como é que, séculos mais tarde, a pena privativa da liberdade continua, com todos os seus defeitos, a constituir a “*reação penal por excelência*”<sup>4</sup>? O que é que impede o Direito de encontrar uma alternativa viável a esta instituição?

De facto, notamos que as alternativas propostas pelo sistema penal atual são sempre pensadas “*como complemento à pena de prisão e não como verdadeiras alternativas à mesma*”<sup>5</sup>.

No presente trabalho, iremos, em primeiro lugar, questionar-nos sobre a origem da prisão, apoiando-nos no trabalho de Michel Foucault, para tentarmos desvendar a razão de ser da sua perenidade. Tentaremos, de seguida, recorrendo à linguística jurídica, numa abordagem

---

<sup>1</sup> MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português, Parte Geral, I, Introdução e Teoria da Lei Penal*, Verbo, Dezembro de 2001, pp. 41

<sup>2</sup> MARQUES DA SILVA, Germano, Prefácio de *A Pena Privativa da Liberdade - Evolução Histórica e Doutrinal*, CORREIA GONÇALVES, Pedro, 2009

<sup>3</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 268 (tradução livre)

<sup>4</sup> Sumário do Código Penal, Lei n.º 44/2018, de 09/08

<sup>5</sup> CORREIA GONÇALVES, Pedro, *A Pena Privativa da Liberdade - Evolução Histórica e Doutrinal*, 2009, pp. 146

interdisciplinar, ir para além do pensamento de Michel Foucault para tentarmos identificar o que impede o Direito Penal de pensar noutra solução e talvez encontrarmos uma forma de contornar este impedimento.

## **I- A prisão de Michel Foucault**

Michel Foucault (15 de outubro 1926, Poitiers – 25 de junho de 1984, Paris) foi uma das figuras mais importantes do pensamento no século XX, no quadro do pós-estruturalismo e do pós-modernismo<sup>6</sup>. Filósofo, filólogo e historiador das ideias, Foucault reflete, na sua extensa obra, sobre as relações de poder existentes na sociedade. Este poder, e o controlo que o mesmo exerce sobre os corpos, sobre as ideias e sobre o conhecimento é então abordado pelo autor sob vários prismas: o da sexualidade, o da loucura, o da prisão, o do discurso, etc.

No presente trabalho, iremos focar a nossa atenção sobre a análise e a crítica que Foucault estabelece à prisão tendo, principalmente, em vista a obra *Surveiller et Punir* (Vigiar e Punir), publicada em 1975.

Em *Surveiller et Punir*, o autor descreve (tal como desde logo indiciado pelo subtítulo) o nascimento da prisão. Apesar da obra analisar a evolução desta realidade entre 1757<sup>7</sup> e 1840<sup>8</sup>, a sua redação está ancorada num contexto histórico específico em que a realidade prisional em França se encontrava no centro das preocupações sociais, políticas e legislativas<sup>9</sup>. A obra surge também no seguimento da criação, em 1970, pelo autor, do GIP (Grupo de informação sobre as prisões), o qual pretendia, mediante inquéritos sobre as condições de vida nas prisões, denunciar o regime penitenciário vigente através da voz dos detidos.

Assim, trata-se de uma obra que, apesar de realizar um trabalho histórico, tem uma carga política e crítica que lhe é subjacente. Foucault pretendia que, ao analisar e iluminar o passado,

---

<sup>6</sup> Após a publicação de *Les Mots et les Choses*, Foucault é primeiramente considerado como pertencendo à corrente do estruturalismo. Apesar de ter aceite este rótulo num primeiro momento, Foucault virá, de seguida, distanciar-se do mesmo, considerando que, ao contrário do pensamento estruturalista, o seu estudo não pretendia uma abordagem formal. Recusava também a denominação de pós-modernista, pois dizia preferir discutir a forma de definir a própria modernidade. Foucault preferia ser considerado como um antropólogo das ideias, focado em “ver” e “dizer”, numa reação crítica ao “intolerável”.

<sup>7</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, p. 9

<sup>8</sup> ibidem, pp. 343, data da abertura oficial da colónia penitenciária de Mettray.

<sup>9</sup> Podemos, a este propósito, para além (e no contexto) dos eventos e opiniões de maio de 1968, referir várias revoltas nas prisões (das quais a de Attica, que contou com 40 mortos), tentativas de fuga e greves de detidos e o movimento legislativo de implementação de penas substitutivas à prisão.



se conseguiria encontrar uma forma de pensar o presente, formalizando mais tarde este método em *Archéologie du Savoir*<sup>10</sup>. De facto, Foucault defendia que a “filosofia [...] tem também [como função] interrogar-se sobre o que nós somos no presente e na atualidade”<sup>11</sup> e que nunca “conceberia uma história que fosse puramente especulativa e cujo âmbito não estivesse determinado por qualquer coisa que estivesse atualmente em curso”<sup>12</sup>. Deste modo, parece-nos essencial que se pense a obra *Surveiller et Punir* em três momentos históricos: o momento sobre o qual o autor de facto se debruça (a passagem para o século XIX), o momento em que a obra foi escrita e o momento em que a estamos a estudar. Diremos que esta obra, tal como a instituição-prisão, deverá ser pensada ao longo de três epistemes. Só assim a poderemos ler e entender de acordo com a sua finalidade.

Importa-nos aqui recordar o conceito de episteme que Foucault aborda pela primeira vez na sua obra *Les Mots et les Choses*<sup>13</sup>. Para o autor, a episteme é o sistema “a partir [do qual] foram possíveis conhecimentos e teorias; [o] espaço de ordem [segundo qual] se constituiu o saber; [o] a priori histórico [na base do qual] [...] puderam aparecer ideias, constituir-se ciências, refletir-se experiências em filosofias, formar-se racionalidades [...]”<sup>14</sup>. Trata-se, deste modo, do substrato inconsciente e transversal a todo o pensamento de uma época histórica, às relações entre as diferentes ciências. A definição deste conceito irá sofrer alterações (ou evoluções) ao longo da obra de Foucault. No entanto, iremos aqui focar-nos exclusivamente na sua definição original, para facilidade de compreensão.

Foucault estuda, em *Les Mots et les Choses*, três epistemes: a episteme do Renascimento, a episteme Clássica e a episteme Moderna. Importa aqui realçar que Foucault não acredita na linearidade da história: para o autor, a história é composta de várias épocas que se sucedem por ruturas inexplicáveis, aleatórias e não evolutivas. Existe, de um momento para o outro, uma nova episteme, uma nova maneira de compreender o mundo e de o estudar. Assim, cada época tem o seu próprio quadro de pensamento, o seu próprio discurso, as suas próprias limitações,

---

<sup>10</sup> De facto, ao observar a história de um novo prisma, descontínuo, constituído por epistemes fragmentadas, poderemos analisar cada episteme e dela retirar o que nos interessa para pensar a nossa própria realidade. Diremos assim que, apesar de recusar uma coerência diacrónica, Foucault aceita uma coerência sincrónica, dos sistemas e das ideias subjacentes a cada episteme.

<sup>11</sup> Entrevista a Michel Foucault, in Foucault contre soi même (tradução livre)

<sup>12</sup> *ibidem*

<sup>13</sup> FOUCAULT, Michel, *Les Mots et les Choses*, 2018

<sup>14</sup> *ibidem*, pp. 13

que devemos compreender para podermos interpretar as filosofias que nela florescem. “Qualquer formação histórica vê o que consegue ver e diz o que consegue dizer”<sup>15</sup>.

É a passagem da episteme clássica para a episteme moderna, no século XIX, que neste momento nos irá interessar. *Surveiller et Punir* começa, de facto, por expor esta mudança de paradigma.

### 1- Mudança de paradigma: o desaparecimento dos suplícios e a Reforma Penal

A obra começa por descrever o suplício de Damiens<sup>16</sup>, em 1757, condenado por tentativa de regicídio. “O que é um suplício? “Pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz” dizia Jaucourt”<sup>17</sup>. Os suplícios apresentavam o espetáculo da punição corporal, o corpo era “esfolado, amputado, simbolicamente marcado na face ou no ombro, exposto ou morto, dado em espetáculo”<sup>18</sup>. Este é um campo de expiação, de reprodução do crime.

Subjaz ao suplício a demonstração do poder soberano. Entendia-se que o crime constituía uma afronta direta ao rei pelo que a pena deveria ser espelho da sua força. Pela intensidade das penas, o supliciado aparecia como um exemplo, como a prova da resposta do rei à afronta cometida e como um desincentivo para o resto da população. Estabelece-se aqui uma relação de poder entre o rei e o sujeito, entre o rei e todos os seus sujeitos, a exposição da pena tornando-se garante da manutenção desta relação. Os suplícios tinham, assim, uma utilidade política e social.

No entanto, a exposição pública da pena do supliciado continha também uma manifestação perigosa. Ao mesmo tempo que se punha em cena o supliciado, expunha-se também a figura do carrasco. Este, representante do poder soberano, era visto associado à violência que se impunha ao condenado, causando-lhe sofrimento, e irá pouco a pouco aparecer como um personagem cruel, sádico e sinistro. Os papéis invertem-se e o supliciado inspira a compaixão do público, aparecendo como a vítima de um abuso de poder, de uma injustiça. A pena aparece

---

<sup>15</sup> Gilles Delleuze, *Le parler et le voir chez Michel Foucault*, 1985 (tradução livre)

<sup>16</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, p.9

<sup>17</sup> ibidem, pp. 49 (tradução livre)

<sup>18</sup> ibidem, pp. 14 (tradução livre)

cada vez mais como similar ao crime em si. Assim, as insurreições tornam-se cada vez mais numerosas nos suplicios públicos. No século XVII, em Avignon, o público salva o condenado do carrasco e apedreja este último<sup>19</sup>.

No fim do século XVIII, a prática do suplício torna-se intolerável e insustentável. Esta ideia vem espelhada de forma clara no pensamento dos grandes Reformistas<sup>20</sup>, como Beccaria<sup>21</sup> ou Duport<sup>22</sup>, que defendem a aplicação de penas mais humanas e o desaparecimento dos suplicios (tanto na sua vertente do espetáculo, de reprodução do crime, como na violência exercida sobre os corpos). Esta opinião era partilhada tanto por pensadores dentro do sistema judicial como fora dele, por políticos, por artistas e pelo povo.

Ora, devemos notar que o desaparecimento dos suplicios não se deveu tão só a um despertar de um sentimento humanista, mas decorreu, sobretudo, de uma mudança de paradigma social. Assim, ao mesmo tempo que as penas se foram tornando mais leves, os crimes tornaram-se menos violentos. O foco da criminalidade passa dos direitos aos bens, dos crimes contra as pessoas aos crimes contra a propriedade. Com o desenvolvimento da economia, multiplicam-se os furtos. Assistimos a um crescimento tanto económico como demográfico e a riqueza passa a encontrar-se em mãos mais difusas (dá-se uma descentralização da riqueza) e, ao mesmo tempo, em mais mãos (tendo em conta o aumento da população). Existe uma preocupação de controlar os bens da burguesia que são depositados, enquanto matéria prima, numa mão de obra coletiva, para a sua produção em massa. À luz desta nova importância da propriedade surge uma nova necessidade de segurança, de controlo. A malha da justiça torna-se mais cerrada e a proliferação de novas leis e da codificação faz-se notar: crimes que antes a justiça deixava escapar já não podem passar despercebidos. Com a difusão da riqueza, a explosão demográfica e a nova individualidade da criminalidade (“da *“criminalidade em massa”* para

---

<sup>19</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 76, 77

<sup>20</sup> Referimo-nos aqui à Reforma do Iluminismo que, no século XVIII, veio estabelecer as bases do direito penal moderno. De facto, em oposição ao Antigo Regime, juristas e filósofos tal como Beccaria, Servan, Dupaty, Pastoret ou Le Trosne, vêm propor uma nova forma de ver o direito de punir.

<sup>21</sup> “*Quem, ao ler a história, não se arrepia horrorizado com os bárbaros e inúteis tormentos que homens, que se diziam sábios, friamente inventaram e puseram em prática?*” ; “*Não é o terrível mas passageiro espectáculo da morte de um criminoso, mas o longo e penoso exemplo de um homem privado de liberdade que, tornado animal de carga, recompensa com as suas fadigas a sociedade que ofendeu, que é o freio mais forte contra os delitos.*” BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, 1998, pp. 117 e 119,120, respetivamente

<sup>22</sup> “*No que toque à pena, o mínimo é ordenado pela humanidade e aconselhado pela política*” DUPORT, Adrien, *Discours à la Constituante*, 1789, Archives parlementaires citador por FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp.109

uma “criminalidade marginal”<sup>23</sup>), existe uma nova necessidade de gestão dos corpos, de organização do poder e de vigilância para garantir uma ordem social. É assim no contexto da sociedade capitalista que surge o pensamento reformista<sup>24</sup>: para resolver os problemas de uma nova organização da sociedade.

Na realidade, o que realmente é criticado pelos Reformistas é uma má distribuição, uma má economia do poder. Apontam os excessos da justiça, mas também as suas fragilidades e lacunas. Mais do que a força imposta existe uma preocupação com a arbitrariedade e a incoerência com que esta é imposta. “*Não se trata de punir menos [ao contrário do que, à primeira vista, poderia parecer] mas de punir melhor*”<sup>25</sup>. Procura-se, certo, uma menor severidade das penas, mas também uma sua universalidade e regularidade, “*inserir o poder de punir mais profundamente no corpo social*”<sup>26</sup>.

A pena deve produzir mais efeitos, diminuindo ao mesmo tempo o seu custo económico e o seu custo político. É neste contexto que surge, para os Reformistas, o princípio do crime como quebra do contrato social. Seguindo o pensamento de Jean-Jacques Rousseau, os cidadãos aceitam, por viver em sociedade, um contrato social, as regras da sociedade em que vivem, nas quais já se integra o risco de ser punido<sup>27</sup>. O criminoso, ao romper este pacto, ataca e lesa a sociedade inteira e torna-se no inimigo da mesma. Deste modo, é a sociedade (em resposta ao ataque) que pune o criminoso. Este último é um “traidor”, já que é do interior da própria sociedade que este a ataca.

Vemos assim que o direito de punir que, outrora, se prendia com a “vingança do soberano [pretende agora a] defesa da sociedade”<sup>28</sup>. Mas, então, interroga-se Foucault, esta sua nova reconstrução não seria ainda mais perigosa? Se é a sociedade que detém o direito de punir, não

---

<sup>23</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 90 (tradução livre)

<sup>24</sup> Vide FOUCAULT, Michel, “La punition généralisée” in *Surveiller et Punir*, 2017

<sup>25</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 98 (tradução livre)

<sup>26</sup> *ibidem*

<sup>27</sup> “A pena de morte aplicada aos criminosos pode ser vista mais ou menos sob a mesma perspetiva: é para evitar ser vítima de um assassino que consentimos em morrer se nos tornarmos num” ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social*, Livre II, chap. V (tradução livre)

<sup>28</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 107 (tradução livre)

se tratará de um direito absoluto? Como surgiu, ao mesmo tempo que se atribuiu tal direito à sociedade no seu todo, o discurso da moderação das penas?

Foucault explica que este princípio aparece, em primeira mão, como um discurso “*do coração*”<sup>29</sup>. Parece exprimir a própria sensibilidade dos Reformistas, de uma forma quase lírica. Assim, a humanidade que se pede, relativamente às penas, não seria em proteção do condenado, mas sim de quem pune. “*O corpo, a imaginação, o sofrimento, o coração que se deve respeitar não são, na realidade, os do criminoso que se pune mas dos homens que, tendo subscrito ao pacto, têm o direito de exercer contra este o poder de se unir*”<sup>30</sup>. O sofrimento que se pretende evitar é o de quem julga, de quem assiste, de forma a controlar as reações sociais negativas da punição, o “retorno” da mesma sobre a sociedade. A humanidade das penas é assim tão só uma “*racionalidade económica*”<sup>31</sup> do poder.

Constatamos, relativamente a este ponto, que a punição se centra numa preocupação de prevenção. Esta preocupação já existia no Antigo Regime: os suplícios replicavam o crime a título de exemplo, de forma a demonstrar a força do soberano, desincentivando desta forma o crime. Neste novo sistema de penalidade calculada, a pena deve referenciar os crimes e indicar a presença de um poder punitivo, mas deve fazê-lo de uma forma mais discreta.

Foucault demonstra assim como, a vários níveis, se operou uma transformação social e política que acompanha e justifica a Reforma Penal e que, por de trás de um puro sentimento humanista, se escondia uma preocupação de reorganizar as relações de poder e de ordenar e controlar uma sociedade alterada<sup>32</sup>.

Relembremos, agora, o conceito de episteme acima abordado. Poderemos considerar que, no caso em apreço, a passagem do episteme clássico para o moderno coincide com a Reforma penal que aqui abordamos. Existe assim, segundo o autor, um novo sistema, uma nova “ordem das ideias” e um novo discurso que subjaz a esta época histórica e que a distingue da anterior, do Antigo Regime. De facto, notamos que, em simultâneo ao desenvolvimento deste novo

---

<sup>29</sup> ibidem, pp.108 (tradução livre)

<sup>30</sup> ibidem, pp. 108, 109 (tradução livre)

<sup>31</sup> ibidem, pp. 109 (tradução livre)

<sup>32</sup> Vide FOUCAULT, Michel, “La punition généralisée” in *Surveiller et Punir*, 2017

poder mais abrangente e difuso, surge uma necessidade de elencar os crimes, de legislar. O movimento de codificação em massa, a nível europeu, acompanha e exprime esta nova perceção da punição e das necessidades da sociedade na viragem para o século XIX. A preocupação em catalogar, organizar e controlar de forma mais abrangente uma população em crescimento e uma criminalidade mais difusa vem, deste modo, associada a um novo discurso penal.

É neste contexto social, económico e discursivo que vai surgir a pena de prisão, como solução paradigmática à prática do crime.

## 2- O nascimento da prisão

No entanto, a prisão não decorre de forma óbvia do pensamento dos Reformistas. No âmbito da Reforma, a prisão é claramente recusada e severamente criticada. Antes de mais, não é considerada uma verdadeira pena: serve não para punir, mas para ter uma garantia sobre o corpo das pessoas<sup>33</sup>, “*pune os que ainda não foram condenados, comunica e generaliza o mal que deveria prevenir e vai contra o princípio da individualidade das penas*”<sup>34</sup> (punindo, com o detido, também a sua família). Por outro lado, encontra-se intrinsecamente associada ao “*poder arbitrário do rei e aos excessos do poder soberano*”<sup>35</sup>. Os Reformistas rejeitam a ideia de privar o cidadão do seu bem mais precioso, a sua liberdade, e de o “mergulhar” no crime.

Ao invés, as propostas dos Reformistas relativamente às penas que deveriam ser adotadas assentam sobre dois pontos: a pena deve representar claramente o crime cometido e o poder punitivo deve pertencer à sociedade. Assim, cada sociedade deve modular a escala das penas segundo as suas especificidades. Para além disso, tendo em conta que o que está em causa é a proteção da sociedade, qualquer pena que vá para além dessa proteção será considerada injusta: existe um princípio marcado pela economia das penas. Por fim, a função da pena prende-se inteiramente com a ideia de prevenção de futuros crimes: surge aqui a ideia de correção e de transformação do condenado, mais do que de castigo, e existe uma grande preocupação nos efeitos exteriores da pena.

---

<sup>33</sup> A reclusão era, no Antigo Regime, usada para garantir a tutela do arguido, antes da condenação, ou a título substitutivo (nas galés, para os que não podiam servir, como as mulheres ou crianças)

<sup>34</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, pp. 141 (tradução livre)

<sup>35</sup> *ibidem*, pp. 140 (tradução livre). Tratava-se de uma prática repressiva extrajudicial, pedida a nível local e autorizada pelo rei por via das famosas *lettres de cachet*.

Por outro lado e no contexto da necessidade, acima abordada, de encontrar uma nova técnica para o exercício do poder, altera-se a sua base de incidência: onde antes se pretendia marcar o corpo, pretende-se agora marcar as ideias, o “*espírito*”<sup>36</sup>. Surge, nesta altura, a percepção de que o poder ideológico é mais eficaz do que o poder físico e Servan declara “*Quando assim tiverem formado a cadeia das ideias na mente dos vossos cidadãos, poderão então gabar-se de os conduzirem e de serem os seus mestres*”<sup>37</sup>. Assim, a pena deve aparecer como uma consequência lógica do crime. A atenção foca-se na ideia da representação: ao olhar para a pena, o cidadão deve conseguir deduzir o crime que esta simboliza. Os Reformistas defendem assim que a cada crime deve corresponder uma pena que com ele mantenha uma ligação de proximidade, de analogia, de correspondência. O sistema penal deve ser composto por um conjunto de símbolos aos pares (crime/pena), para que a lógica penal se torne numa evidência nas mentes dos cidadãos. Para que a ideia de representação funcione, no entanto, deve submeter-se a vários princípios<sup>38</sup>.

Antes de mais, a pena não pode ser arbitrária e deve existir uma analogia entre a pena e o crime<sup>39</sup>. Deve, também, garantir-se um equilíbrio das forças: a representação da pena e das suas desvantagens deve sobrepor-se ao prazer do exercício do crime, à força do crime deve equivaler uma força (moral) da pena<sup>40</sup>. Consequentemente, deve existir uma modulação temporal da pena. De facto, se esta pretende uma correção do condenado, deve ser finita, caso contrário os recursos e os esforços da sociedade revelar-se-iam inúteis. A duração da pena passa a integrar a sua economia: esta deve ser variável. O processo de transformação do condenado deve assim não só depender da gravidade do crime, mas de cada indivíduo<sup>41</sup>. Por outro lado, para que a ideia da pena se revele, sem dificuldade, na mente do cidadão, esta deve ser apresentada como uma vantagem, deve ser reveladora de um interesse para a sociedade na

---

<sup>36</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, pp. 121 (tradução livre)

<sup>37</sup> SERVAN, J.M., *Discours sur l'administration de la justice criminelle* citado por FOUCAULT, Michel em *Surveiller et Punir*, pp. 133

<sup>38</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 123

<sup>39</sup> Em consequência desta ligação quase imediata entre o crime e a pena, esconde-se o poder punitivo. Torna-se numa evidência lógica mais do que no exercício de um poder (ao contrário do que se passava no Antigo Regime). Não existe qualquer arbitrariedade nem abuso de poder: a pena surge de forma automática.

<sup>40</sup> Deve assim combater-se a força que levou ao crime: ao criminoso que perdeu o respeito pela propriedade, deve voltar a ensinar-se esse respeito, ao criminoso cujo crime nasceu da preguiça, devem ensinar-se os valores do trabalho. Para cada má vontade, um bom hábito.

<sup>41</sup> As penas são fixadas pela lei de forma equitativa e justa, determinadas para todos da mesma forma, mas a sua mecânica interna deve ser variável. De facto, é indispensável que, à medida que vá revelando os seus efeitos, a pena se vá atenuando.

sua coletividade. O condenado torna-se uma “*propriedade rentável*”<sup>42</sup>, um bem da sociedade. Neste contexto, Beccaria irá propor como exemplo de pena a escravidão em prol da sociedade. A pena revela aqui não só um interesse individual, mas um interesse coletivo, marcando-se na moralidade da sociedade. Para tal, deve existir uma economia da publicidade: “*cada elemento do [...] ritual [da pena] deve falar, dizer o crime, relembrar a lei, mostrar a necessidade de uma punição, justificar a sua medida*”<sup>43</sup>. Por fim, poderá assim inverter-se o discurso do crime tradicional. A ideia do criminoso herói ou vítima desaparece, confrontada com estas novas representações e lógicas sociais e o discurso popular e artístico deve passar a ser veículo da lei: deve defendê-la, dizê-la e divulgá-la. Assim se imagina a sociedade punitiva: “*a cada crime, a sua lei; a cada criminoso, a sua pena. Pena visível, pena que tudo diz, que explica, que se justifica, que convence*”<sup>44</sup>.

Face a esta filosofia da Reforma Penal, o nascimento da prisão como pena generalizada parece quase impossível. No entanto, no espaço de 20 anos, esta torna-se uma evidência. Foucault perguntar-se-á: Qual é então a sua origem e a sua razão de ser?

A prisão é, antes de mais, herdeira dos grandes modelos de detenção punitiva criados durante o classicismo (Amesterdão, Gand, Gloucester, Filadelfia<sup>45</sup>...). Destes vários “reformatórios” retira-se, antes de mais, a ideia de uma administração interna, de uma organização extrajudicial e independente, com as suas regras próprias, que não deve ser vista pelo resto da sociedade. A execução da pena é feita no secretismo, não devendo o público intervir “*nem como testemunha, nem como garante da punição*”<sup>46</sup>. Para a correção do detido ser eficaz, o seu isolamento é necessário, o criminoso deve recolher-se sobre si próprio numa lógica de penitência (herdeira do catolicismo). Outro ponto relevante é o do trabalho obrigatório (seja, dependendo dos modelos, de um ponto de vista da eliminação da ociosidade, pedagógico ou de construção de um *homo oeconomicus*, que adquire competências para depois poder ter um papel com relevância económica em liberdade) e o da manutenção de um horário estrito, em que a vida do detido é controlada e vigiada ao detalhe pela administração<sup>47</sup>. A prisão torna-se, deste modo,

---

<sup>42</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 129 (tradução livre)

<sup>43</sup> ibidem, pp. 131 (tradução livre)

<sup>44</sup> ibidem, pp. 133 (tradução livre)

<sup>45</sup> Vide FOUCAULT, Michel, “La douceur des peines” in *Surveiller et Punir*, 2017

<sup>46</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 147 (tradução livre)

<sup>47</sup> Vide FOUCAULT, Michel, “La douceur des peines” in *Surveiller et Punir*, 2017



num certo “*observatório permanente*”<sup>48</sup> do detido, de forma a analisar o seu comportamento e determinar a melhor forma de o “reformatar”.

Entre o aparelho punitivo proposto por estes modelos e a filosofia dos Reformistas, podemos encontrar algumas convergências. Existe, em ambos os casos, uma inversão temporal da punição: o que está em causa não será “apagar” o crime cometido, mas sim evitar que este se volte a reproduzir. Os princípios de prevenção determinados por Montesquieu e Beccaria são, de facto, considerados pilares do sistema penitenciário pelos pensadores americanos. Notamos também que, nas duas perspetivas, existe uma preocupação em individualizar as penas. Importa determinar a pena mais indicada para cada detido, adaptada ao seu carácter individual, se se pretende que a pena seja eficaz.

No entanto, mais do que as convergências entre as duas técnicas punitivas, são claras as suas divergências. Se os Reformistas pretendiam a publicidade da pena e a participação total da sociedade na sua execução, o modelo prisional defende uma pena secreta e autónoma (organizada exclusivamente pela administração). Assim, opõe-se à “*cidade punitiva*” da Reforma o conceito de “*instituição coercitiva*”<sup>49</sup> do modelo prisional. No fim do século XVIII, encontramos assim perante três técnicas punitivas diferentes: uma primeira, herdeira do Antigo Regime, uma segunda, idealizada pelos Juristas Reformistas e, por fim, uma terceira, o projeto de instituição prisional. “*O soberano e a sua força, o corpo social, o aparelho administrativo. A marca, o símbolo, o rasto. A cerimónia, a representação, o exercício. O inimigo vencido, o sujeito de direito em via de requalificação, o indivíduo submisso a uma coação imediata. O corpo supliciado, a alma cujas representações são manipuladas, o corpo treinado*”<sup>50</sup>. Estes dispositivos são, segundo Foucault, mais do que meras teorias jurídicas, instituições ou escolhas morais, modalidades de exercício do poder de punir: “*três tecnologias de poder*”<sup>51</sup>.

Surge então a questão: porquê escolher a prisão, entre estas três tecnologias?

### 3- Uma sociedade disciplinar

---

<sup>48</sup> ibidem, pp. 149(tradução livre)

<sup>49</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 153 (tradução livre)

<sup>50</sup> ibidem, pp. 155 (tradução livre)

<sup>51</sup> Ibidem, pp. 155 (tradução livre)

Foucault vai ligar a escolha da prisão ao surgimento de uma “*sociedade disciplinar*”<sup>52</sup>.

A disciplina é a “*modalidade de aplicação do poder que surge entre o fim do século XVIII e o início do século XIX.*”<sup>53</sup>. A prática das “disciplinas” já existia, durante o classicismo, nos conventos, no exército e nos *ateliers*. No entanto, no fim do século XVIII, estas tornam-se uma “*fórmula geral de dominação*”<sup>54</sup>.

As “disciplinas” consistem numa visão utilitarista do corpo humano. Mediante determinadas técnicas de coação, existe um controlo das forças: por um lado, o seu aumento numa lógica de capitalização, de utilitarismo económico (o aproveitamento das forças humanas) e, por outro, a sua diminuição (de um ponto de vista político, da formação de “*corpos dóceis*”<sup>55</sup>, obedientes). Trata-se de um método generalizado, que vem a ser aplicado nas escolas, nos hospitais e na organização militar. As “disciplinas” são caracterizadas pela organização sistemática do espaço, do tempo e dos movimentos do indivíduo.

De facto, exigem, antes de mais, a repartição dos corpos no espaço, o seu enclausuramento. Vejamos, a este propósito, as casernas, os colégios, as fábricas, as prisões. Pretende-se, deste modo, uma concentração das forças de produção para que delas se possa retirar o máximo de vantagens. Existe também uma necessidade de organização espacial (da cela, herdada dos mosteiros) em que, apesar de existir um espaço coletivo, cada indivíduo tenha o seu lugar. Por fim, o espaço deve consistir num espaço funcional, organizado segundo uma certa hierarquia, por classes (*rangs*). As “disciplinas” determinam assim a criação de espaços complexos. Esta necessidade prende-se com a organização de uma multitude de corpos, com vista a impor-lhes uma ordem. Percebe-se assim que, no final do século XVIII, com a evolução económica e demográfica em curso, se pretenda transpor uma lógica que antes estava ligada a âmbitos limitados (militar, religioso) para a sociedade em geral. Trata-se aqui de uma técnica de poder e de saber: “Trata-se de organizar o múltiplo, de se dotar de um instrumento para percorrê-lo e dominá-lo; trata-se de lhe impor uma “ordem””<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> ibidem, pp. 253 (tradução livre)

<sup>53</sup> REVEL, Judith, *Le vocabulaire de Foucault*, 2002

<sup>54</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, pp. 161 (tradução livre)

<sup>55</sup> ibidem, pp. 159 (tradução livre)

<sup>56</sup> ibidem, pp. 174 (tradução livre)

Por outro lado, as “disciplinas” pressupõem também o controlo da atividade dos indivíduos pela organização do seu tempo. Multiplicam-se os horários, os programas, a divisão do tempo de forma cada vez mais minuciosa. Pretende-se, desta forma, intensificar a utilização de todos os instantes. Mais uma vez, poderemos encontrar esta técnica em várias áreas da sociedade (nos horários impostos aos trabalhadores, aos estudantes ou aos militares). Existe uma “*capitalização do tempo*”<sup>57</sup>.

Por fim, controlam-se os movimentos do indivíduo, os seus menores gestos. Aos militares, impõe-se uma postura, aos alunos a posição ideal para escrever, aos trabalhadores a forma como devem utilizar as máquinas. Cada gesto deve ser controlado, para que dele possa ser retirado o maior proveito, para que seja o mais eficaz possível.

Existe assim uma individualização do poder, uma microfísica do mesmo<sup>58</sup>.

O sucesso do poder disciplinar depende da utilização de três instrumentos: uma sanção normalizadora, um olhar hierárquico e um exame permanente. A disciplina pressupõe o estabelecimento de uma norma, de uma conformidade da qual o indivíduo não se pode afastar. Delimita-se o espaço do Normal e organiza-se dentro desse espaço a divisão dos indivíduos, por graus, em relação a uma média. Sanciona-se para manter os indivíduos dentro desse espaço existindo uma lógica da “*gratificação-sanção*”<sup>59</sup>. Deste modo, trata-se de um reforço positivo: as normas não se impõem no momento da transgressão, mas sim na garantia constante da conformidade.

O respeito pelas normas encontra-se assegurado por um olhar hierárquico permanente. Desenvolve-se o princípio da vigilância constante e os postos de controlo tornam-se cada vez mais presentes em todas as instituições sociais.

---

<sup>57</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 185 (tradução livre)

<sup>58</sup> Encontramos aqui, num estado embrionário, a ideia de uma biopolítica. “O termo “*biopolítica*” refere-se à forma como o poder tende a transformar-se, entre o final do século XVIII e o início do século XIX, para governar não só os indivíduos através de um certo número de processos disciplinares, mas todos os seres vivos constituídos como população. A biopolítica - através de biopoderes locais - tratará, portanto, da gestão da saúde, higiene, alimentação, sexualidade, taxas de natalidade, etc., na medida em que se tenham tornado questões políticas.” REVEL, Judith, *Le vocabulaire de Foucault*, 2002 (tradução livre)

<sup>59</sup> O simples facto de estar acima da média dentro desse espaço do Normal é em si uma gratificação.

Por fim, estes dois elementos concentram-se no conceito do exame. Trata-se de um “*olhar normalizador, uma vigilância que permite qualificar, classificar e punir*”<sup>60</sup>. De facto, o exame permite um determinado exercício do poder. Dá-se uma inversão do foco da visibilidade: o poder, que antes se manifestava, se demonstrava, vem agora esconder-se e é o objeto do poder que é observado, descrito e documentado. “*O exame coloca os indivíduos num campo de vigilância que também os situa numa rede de escrita*”<sup>61</sup>: desenvolvem-se novos métodos de identificação, de descrição e, associado ao exame, surge o arquivamento intensivo dos seus resultados. Procura-se a identificação e organização dos corpos no espaço e no tempo: uma vigilância constante tanto espacial como temporalmente.

Esta dimensão do exame encontra-se espelhada no *Panopticon* de Bentham, epítome da gestão disciplinadora. O *Panopticon* é uma prisão ideal imaginada pelo jurista Jeremy Bentham em 1791. Esta era composta por um edifício circular, em forma anelar, no centro do qual se encontrava uma torre. O edifício periférico encontra-se dividido em celas, cada uma com duas janelas (uma para o interior e outra para o exterior, permitindo a sua iluminação total) e a torre, também dotada de múltiplas janelas, permite a quem se encontre dentro uma visão periférica de todas as celas. Trata-se, deste modo, de uma construção em que os detidos são observados em permanência, mas em que estes não vêem nem os outros detidos nem quem os observa. O dispositivo panótico permite, deste modo, uma automatização e desindividualização do poder. Não interessa quem vê e porque é que vê, o que interessa é o facto de o detido sentir que pode constantemente estar a ser vigiado. Desta forma, torna-se desnecessário o recurso à força pois o detido vai exercer sobre si próprio as coações do poder, vai ele próprio subjugar-se<sup>62</sup>.

Segundo Foucault, o *Panopticon* não deve ser entendido apenas como um ideal, como uma utopia da prisão, um modelo onírico, mas sim como um modelo generalizável de funcionamento pois, a partir deste, poderão definir-se as relações de poder na vida quotidiana da sociedade. Bentham criou um esquema destinado a difundir-se no corpo social, a ser aplicado a todas as instituições (sejam elas escolas, fábricas, prisões) de forma a otimizar o exercício do poder. Trata-se de uma “*tecnologia política*”<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 217 (tradução livre)

<sup>61</sup> ibidem, pp. 222 (tradução livre)

<sup>62</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 234-237

<sup>63</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 239 (tradução livre)

O sistema panótico tem um caráter preventivo, vigia-se para nunca se ter de intervir. Aplicado à sociedade, pretende demonstrar como fazer funcionar as “disciplinas” de “*forma difusa, múltipla, polivalente na totalidade do corpo social*”<sup>64</sup>.

Cria-se, deste modo, uma verdadeira sociedade disciplinar em que às “disciplinas” se exige não só a sua função negativa (de impedir, de bloquear os desvios à norma) mas também uma nova função positiva: de aumentar a utilidade dos indivíduos.

Neste contexto, Julius<sup>65</sup> distinguia a sociedade do espetáculo, do Classicismo, da sociedade moderna da vigilância. Se na primeira a forma arquitetónica paradigmática era o teatro, à segunda se associava a prisão. “*O século XIX fundou a idade do panoptismo*”<sup>66</sup>. Pretendia-se, com este, ordenar as novas “multiplicidades humanas” e tornar o exercício do poder o mais económico possível. O panótico surge assim no contexto de uma procura de técnicas de adaptação da multiplicidade dos homens à multiplicidade dos meios de produção, enquanto resposta às necessidades de uma nova sociedade e de um novo poder.

Aparece assim, de forma clara, que a instituição-prisão e a escolha de fazer dela a pena por excelência não nasce do direito. O direito veio apenas, num segundo momento em que a mesma já se encontrava estabelecida, justificar a sua presença. De facto, a prisão é uma reinvenção de estruturas para-jurídicas. A sua criação deu-se no exterior da esfera judicial, com o desenvolvimento, por todo o corpo social, de técnicas de distribuição e repartição dos indivíduos, de técnicas disciplinares<sup>67</sup>.

A escolha da prisão enquanto tecnologia de poder prende-se, deste modo, com a episteme da sua altura histórica, com o próprio funcionamento da sociedade no seu todo. É por esta razão que, apesar das críticas que, desde o início, lhe foram apontadas, esta aparece como uma “*evidência*”<sup>68</sup>:

---

<sup>64</sup> ibidem, pp. 243 (tradução livre)

<sup>65</sup> JULIUS, N.H., *Leçons sur les prisons*, citado por FOUCAULT, Michel em *Surveiller et Punir*, p.252

<sup>66</sup> FOUCAULT, Michel, *Société Punitiv* (tradução livre)

<sup>67</sup> Vide FOUCAULT, Michel, “Des institutions complètes et austères” in *Surveiller et Punir*, 2017

<sup>68</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 268 (tradução livre)

*“Desde os primeiros anos do século XIX, ainda teremos consciência da sua novidade; e, no entanto, apareceu tão ligada, e tão profundamente, ao próprio funcionamento da sociedade, que deixou cair no esquecimento todas as outras penas que os reformistas do século XVIII tinham imaginado. Parece sem alternativa e levada pelo próprio movimento da história [...]”*<sup>69</sup>

#### 4- A prisão: a “detestável solução”<sup>70</sup>

*“Conhecemos todos os inconvenientes [da prisão] mas não conseguimos “ver” como substituí-la”*<sup>71</sup>. A prisão foi, desde o início, denunciada como o “*grande fracasso da justiça penal*”<sup>72</sup>. As suas críticas parecem, aliás, sobreviver aos tempos e as suas grandes linhas são de uma atualidade surpreendente. Apontava-se, deste modo, o facto de as prisões não diminuírem as taxas de criminalidade, de serem fábricas de delinquentes, de ajudarem à organização de meios de delinquentes, da detenção provocar a reincidência<sup>73</sup>. Denuncia-se, desde logo, a existência de um ciclo prisional.<sup>74</sup> Considerava-se que a prisão não era “*suficientemente corretora*” e que “*querendo ser corretora, [perdia] a sua força punitiva*”, tratando-se assim de um “*duplo erro económico: diretamente pelo custo intrínseco da sua organização e indiretamente pelo custo da delinquência que não reprime*”<sup>75</sup>. Assim, a prisão nasce “doente” e constata-se, desde o início, a sua incapacidade enquanto solução penal: se a lei deve elencar os crimes e o aparelho penal deve reduzi-los por intermediário da prisão, o seu insucesso é evidente.

A resposta a estas críticas foi, no entanto, sempre a mesma: a reforma do próprio sistema penitenciário. Às falhas da prisão, a prisão aparece como o seu próprio remédio, “*a reativação das técnicas penitenciárias como único meio de resolver a sua falha perpétua*”<sup>76</sup>.

Não se deve, assim, ver a prisão de uma forma evolutiva em que, num primeiro momento, esta teria surgido, funcionado e, só num segundo momento, teriam começado a surgir falhas às

---

<sup>69</sup> *ibidem*

<sup>70</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 268 (tradução livre)

<sup>71</sup> *ibidem*

<sup>72</sup> *ibidem*, pp. 308 (tradução livre)

<sup>73</sup> *ibidem*, pp. 308 e ss.

<sup>74</sup> Notamos que, hoje em dia, as críticas à prisão mantêm-se essencialmente as mesmas. Vejamos, a este efeito, CORREIA GONÇALVES, Pedro, “A crise da pena privativa da liberdade” in *A Pena Privativa da Liberdade - Evolução Histórica e Doutrinal*, 2009

<sup>75</sup> *ibidem*, pp. 313 (tradução livre)

<sup>76</sup> *ibidem*

quais se devia responder. Não. Existe uma simultaneidade do nascimento da prisão, da sua falha e da sua reforma.

Foucault interroga-se: ora, se apesar de ser claro que a prisão não cumpria os objetivos para os quais alegadamente estaria destinada, esta se mantém inamovível, não será porque a sua falha faz parte integrante do seu funcionamento?

O autor defende assim que a prisão consistiria numa “*tática geral das sujeições*”<sup>77</sup>: serviria não para reduzir ou eliminar o crime, mas sim para organizá-lo e utilizá-lo em proveito das relações de poder estabelecidas. Existe assim uma economia dos “ilegalismos”<sup>78</sup> (*illegalismes*), cuja gestão consiste num “*mecanismo de dominação*”<sup>79</sup>.

Segundo esta perspetiva, a criação de delinquentes pela prisão apresenta grandes vantagens. De facto, cria-se um espaço fechado de “ilegalismos” que poderá ser usado pelo poder político. Antes de mais, facilita o seu controlo: substitui-se, ao “*borbulhar de uma população que pratique um ilegalismo de ocasião [...], um grupo relativamente restrito e fechado de indivíduos sobre os quais se pode efetuar uma vigilância constante*”<sup>80</sup>. E será possível orientar este grupo, em razão do isolamento, controlo e precariedade aos quais está sujeito, para a prática de uma criminalidade menor e mais localizada. Por outro lado, o facto de se tratar de um grupo à margem da sociedade, voltado para si-próprio, permite o desempenho da função de exemplo que se pensaria estar atribuída ao rigor das penas.

Por outro lado, a delinquência permite um aproveitamento dos “ilegalismos” pelo poder. Foucault exemplifica assim como, no século XIX, o controlo, detenção e libertação consecutiva dos agentes da prostituição permitiu canalizar os altos rendimentos produzidos por este meio.

---

<sup>77</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 318 (tradução livre)

<sup>78</sup> “A noção de ilegalismo abrange todas as práticas que deliberadamente transgridem, contornam ou até mesmo violam a lei. As leis impõem um certo número de proibições, restrições e limites. Mas para Foucault, o equilíbrio social é menos o resultado do respeito pela lei do que a forma como se estabelecem cumplicidades para contornar uma determinada legalidade.” (tradução livre) Cf. GROS, Frédéric, *Foucault et la société punitive*, in Pouvoirs, 2010. Assim, constituem “ilegalismos” quaisquer transgressões da lei que possam estar sujeitas a uma sanção variável em função do estatuto, da posição dos seus autores e das operações de diferenciação, categorização, priorização e gestão social que lhes estão subjacentes. O conceito de “ilegalismo” não se refere assim tão só às práticas transgressivas, mas sobretudo às construções jurídicas, políticas, médicas e sociais de que essas práticas são objeto.

<sup>79</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 318 (tradução livre)

<sup>80</sup> ibidem, pp. 324 (tradução livre)

O autor compara este exemplo ao, mais atual, do tráfico de droga ou de armas: a delinquência torna-se útil pois “*cria à sua volta um campo de práticas ilegais sobre o qual se consegue exercer um controlo e tirar um partido ilícito*”<sup>81</sup>, a delinquência “*é um instrumento para gerir e explorar os ilegalismos*”<sup>82</sup>.

A delimitação deste espaço de “ilegalismo” fechado só se torna possível com o desenvolvimento dos controlos policiais. Distingue-se, assim, uma relação entre delinquência e polícia: um e outro mantêm, entre si, uma relação de dependência e, juntos, tornam possível a realização do ideal panótico. De facto, a polícia vai controlar não só os indivíduos que já tenham cometido crimes ou sido detidos, mas também grupos considerados perigosos, imiscuindo-se progressivamente uma forma de vigilância permanente da população. No entanto, esta vigilância depende da sua relação com a prisão: esta facilita o controlo dos indivíduos libertados, instiga a construção de um meio de delinquência fácil de controlar e, com os seus efeitos de desinserção social, permite que este se mantenha. Constatamos assim uma relação entre prisão e polícia que permite a criação de uma delinquência maleável: “*a vigilância policial fornece à prisão os infratores que esta transforma em delinquentes, alvos e auxiliares dos controlos policiais que reenviam regularmente alguns deles para a prisão*”<sup>83</sup>.

A produção da delinquência constitui assim uma tática política de controlo da totalidade do corpo social, a qual depende da separação entre a delinquência e o resto da comunidade. Esta foi sujeita a uma forte resistência social: o corte entre os delinquentes e o meio social de onde estes eram provenientes consistia numa tarefa complicada, nomeadamente nos meios urbanos. Tornou-se indispensável moldar a perceção da delinquência pela sociedade, impor o medo de uma delinquência sempre presente, sempre ameaçadora. A proliferação dos *faits divers* penais e dos romances criminais permitiram assim a determinação de um discurso controlado e, consequentemente, de dominar e conter as reações sociais. Neste contexto, a delinquência “*aparece como muito próxima e totalmente estranha, perpetuamente ameaçadora para a vida quotidiana, mas extremamente longínqua pela sua origem, pelas suas motivações, [...] quotidiana e exótica*”<sup>84</sup>. Domina-se o discurso para se dominarem as mentes e, finalmente, os corpos.

---

<sup>81</sup> ibidem, pp. 327 (tradução livre)

<sup>82</sup> ibidem

<sup>83</sup> FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, 2017, pp. 329 (tradução livre)

<sup>84</sup> ibidem, pp. 335 (tradução livre)



Concluiremos assim que a prisão, para Foucault, serve somente para legitimar o poder disciplinar que se poderá então estender livremente para o resto da sociedade. No entanto, continua sem cumprir com a sua finalidade primeira, de solução penal propriamente dita. A prisão encontra-se inserida num sistema, numa organização maior do que ela e, por isso, se torna quase impossível demovê-la: *“mergulhada como está no meio dos dispositivos e das estratégias de poder, esta pode opor a quem a queira transformar uma grande força de inércia”*<sup>85</sup>. A prisão encontra-se profundamente inserida na sua episteme, e quando se trata de *“alterar o regime de detenção, [...] o que resiste não é a prisão penal mas a prisão com todas as suas determinações, ligações e efeitos extrajudiciais”*<sup>86</sup>.

## 5- Alternativas à prisão

Neste contexto, a procura de alternativas à prisão aparece como um empreendimento condenado à partida. Interrogado sobre o assunto numa conferência em Montreal, Foucault, confrontado com propostas de alternativas<sup>87</sup>, responde que estas não são verdadeiras alternativas e que se limitam a repetir as funções da prisão: *“o castelo cai mas as funções sociais, as funções de vigilância, de controlo, de ressocialização procuramos agora assegurá-las por via de outros mecanismos”*<sup>88</sup>. Assim, trata-se de variações sobre o mesmo tema, o que sugere que o próprio raciocínio que envolve a prisão se encontra de tal forma enraizado que, tal como a própria instituição-prisão, exerce uma força de inércia considerável.

O autor constata assim a impossibilidade de encontrar alternativas e reafirma a inamovibilidade da instituição-prisão. Para encontrar uma nova forma de punir, seria necessário imaginar uma outra sociedade. No entanto, à pergunta “qual seria uma melhor forma de punir?”, Foucault prefere a pergunta “ainda queremos ser punidos?”. Propõe assim uma contestação do direito

---

<sup>85</sup> ibidem, pp. 357 (tradução livre)

<sup>86</sup> ibidem

<sup>87</sup> Nomeadamente os exemplos sueco, alemão e belga, estabelecimentos focados na ressocialização, mediante a abertura dos muros da prisão (diminuição máxima da reclusão): pelo trabalho, pela família e pela assunção da pena pelo recluso.

<sup>88</sup> BRODEUR, J. *“Alternatives à la prison”: diffusion ou décroissance du controle social: une entrevue avec Michel Foucault*, 1993, pp. 20, 21

de punir. Foucault desvia a atenção de um ponto para outro: de uma pena alternativa à prisão para uma negação do *ius puniendi* em geral<sup>89</sup>.

O direito de punir é um tema que, apesar de interessante, não irá fazer parte do nosso estudo. Interessa-nos aqui o facto de Foucault ser incapaz de encontrar uma alternativa viável para a pena de prisão.

Constataremos que esta impossibilidade se mantém nos dias de hoje. A pena de prisão continua a ser a pena por excelência e as penas alternativas à prisão continuam (tal como o nome o indica) a ter como centro do raciocínio a própria prisão. Assim, a “evidência” desta pena e a sua respetiva força de inércia (que Foucault já referia relativamente ao início do século XIX) continuam a ser relevantes.

Como contornar esta evidência? Como lutar contra a força de inércia desta pena, “doente” desde o seu nascimento? Como pensar uma nova solução?

Estas são as perguntas que aqui nos pomos e, para tentarmos responder às mesmas, cabe-nos antes reiterar os pressupostos estabelecidos pelo pensamento de Foucault.

A prisão nasce de acordo com uma episteme específica, em resposta ao funcionamento da sociedade e às suas necessidades, às necessidades de um poder de controlo e vigilância. Não foi, assim, criada pelo pensamento jurídico “puro”. Vimos, de facto, que a ideologia proposta pelos Reformistas não esteve na origem desta instituição. Ao invés, esta desenvolve-se de acordo com uma determinada maneira de pensar, de ver, de entender o mundo. É por esta razão que a pena de prisão aparece como uma evidência, porque se encontra em harmonia com o seu contexto histórico, associada a um discurso específico e por ele limitada: a prisão não se “move” porque se encontra enraizada na sua episteme.

Destes pressupostos, surgem várias questões: porque é que o discurso dos Reformistas se encontrava afastado da episteme da sua altura? E se a prisão não foi criada dentro do direito, será possível resolvê-la (hoje) pelo direito?

---

<sup>89</sup> ibidem, pp. 14, 15

Para podermos responder a estas questões, é indispensável recorrermos à linguística jurídica. De facto, para conseguirmos determinar o porquê desta separação entre o discurso jurídico e o discurso social, importa antes de mais questionarmo-nos sobre a existência, as especificidades e os interlocutores desse mesmo discurso jurídico.

Notamos que o recurso à linguística encontra-se aqui justificado pelo facto de o pensamento de Michel Foucault ter emergido do estruturalismo, corrente essa que se coaduna particularmente bem com a análise linguística.

## II- A Linguística Jurídica

### 1- Definição e Objeto

Em introdução ao seu manual de Direito Penal, Jorge de Figueiredo Dias define o direito penal como o “*conjunto de normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os crimes, determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo de direito. A mais importante destas consequências [...] é a pena, a qual só pode ser aplicada ao agente do crime que tenha actuado com culpa*”<sup>90</sup>. Deste modo, o direito penal, o seu estudo e a sua aplicação parecem orbitar em volta de determinados conceitos-chave: entre os quais o “crime”, a “pena” e a “culpa”. Parece então essencial haver uma compreensão plena destes conceitos e das realidades que lhes subjazem, uma compreensão que seja partilhada por todos os interlocutores do direito.

Para realmente conseguirmos entender estes conceitos e o que eles abrangem, o que por trás deles se esconde, é necessário, a nosso ver, perceber que estes começam por ser meras palavras, palavras estas que fazem parte de uma linguagem específica: a linguagem do direito. “*A lei apresenta-se como um enunciado linguístico, como um conjunto de palavras que constituem um texto*”<sup>91</sup>. Revela-se, deste modo, particularmente pertinente o estudo da linguística jurídica.

No contexto do presente estudo, não iremos, porque o tempo de investigação e a dimensão de uma tese com tal não se compadecem, proceder a uma abordagem sistemática e a uma revisão da bibliografia relativamente à linguística jurídica. Adotaremos, assim, a posição de Gérard

---

<sup>90</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal*, 2011, p. 3

<sup>91</sup> MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português, Parte Geral, I, Introdução e Teoria da Lei Penal*, 2001, pp. 263

Cornu na sua obra *Linguistique Juridique* salvas algumas referências de cariz generalista a autores, tais como Ferdinand de Saussure ou Roman Jakobson, cujas teses são consideradas como pilares da linguística e, certamente, do pensamento do autor supracitado.

Segundo este autor, “*o nome de [linguística jurídica] indica a natureza dupla do seu estudo*”<sup>92</sup>. Trata-se assim de um estudo tanto linguístico como jurídico. Linguístico porque se debruça sobre as ferramentas linguísticas usadas pelo direito: sobre as palavras empregadas, os tipos de enunciados utilizados, os seus interlocutores e toda a miríade de relações linguísticas que dentro dele operam. Jurídico, pois, antes de mais, se trata de observar a linguagem usada no direito, mas principalmente porque pretende analisar “*todas as ações jurídicas que se exercem sobre a língua*”<sup>93</sup>. De facto, “*a lei nomeia*”<sup>94</sup> (nomeia os crimes e as contraordenações), “*a lei consagra*”<sup>95</sup> e a linguagem utilizada está, em geral, impregnada pelo direito. O direito confere assim à linguagem que utiliza uma nova natureza, um novo peso, legal e normativo. Trata-se aqui de uma relação umbilical e de uma análise constante de duas faces da mesma moeda: da linguagem do direito e do direito da linguagem.

O estudo da linguística jurídica tem assim como pressuposto a existência de uma linguagem do direito, que lhe é própria e que tem características específicas.

## 2- Uma linguagem do direito

A especificidade desta linguagem é, antes de mais, evidenciada pelo “*sentimento de estranheza*”<sup>96</sup> que é sentido pelo leigo quando este é confrontado com a mesma. Existe, assim, um “*ecrã linguístico*”<sup>97</sup> com o qual este se depara, e que é composto, segundo Cornu, por um vocabulário e um discurso específicos.

De facto, parece clara pela necessidade de existirem dicionários jurídicos<sup>98</sup>, a existência de um vocabulário jurídico. Este é composto por dois tipos de palavras: palavras que pertencem

---

<sup>92</sup> CORNU, Gérard, *Linguistique Juridique*, 1990, pp.13 (tradução livre)

<sup>93</sup> *ibidem*

<sup>94</sup> *ibidem*

<sup>95</sup> *ibidem*

<sup>96</sup> SOURIOUX, Jean-Louis e LERAT, Pierre, *Le langage du droit*, Presses Universitaires de France, 1975

<sup>97</sup> CORNU, Gérard, *Linguistique Juridique*, 1990, pp.19 (tradução livre)

<sup>98</sup> Vide, por exemplo: PRATA, Ana, e CARVALHO, Jorge, *Dicionário Jurídico*, Almedina, 2005

exclusivamente ao direito (cujo sentido se esgota no seu sentido jurídico) e palavras que, polissémicas, têm, para além do seu sentido na linguagem “corrente”, um sentido jurídico. Como exemplo de palavras de “*pertença jurídica exclusiva*”<sup>99</sup> poderíamos considerar as palavras “criminalização” ou “judiciário”. Estas só existem para determinar realidades intrínsecas ao direito. Dentro das palavras polissémicas, podemos distinguir aquelas cuja utilização principal seja jurídica, tal como será o caso da palavra “crime” e aquelas em que não existe uma predominância temática, tal como será o caso de “culpa”. Estas últimas são as que apresentam, na nossa opinião, uma maior dificuldade pois pressupõem, para quem as pretenda entender, um duplo entendimento: que estas também existem no espetro do vocabulário jurídico e que, nele, lhes é atribuído um significado específico, distinto do que originalmente conhecem.

Para além do vocabulário jurídico, devemos também ter em conta o discurso jurídico. A especificidade deste não se cinge ao vocabulário que utiliza, mas aos enunciados em que consiste. Estes enunciados vêm estabelecidos tanto nos textos do direito (lei, contrato, sentença etc.) como nos seus discursos orais (nas alegações por exemplo) e distinguem-se, encontram a sua juridicidade, na sua finalidade: pretendem a “*criação ou aplicação do direito*”<sup>100</sup>. Os discursos utilizados no direito podem revestir duas formas: o monólogo e o diálogo. No contexto do processo penal, por exemplo, podemos distinguir a confissão enquanto discurso monologal e todos os discursos criados em aplicação do princípio do contraditório, previsto no número 5 do artigo 32º da Constituição da República Portuguesa, enquanto diálogos. Parece-nos que aqui se torna evidente a importância e a relevância do discurso e do diálogo no direito.

Este vocabulário e discurso jurídicos não devem, no entanto, ser considerados como distintos da linguagem “corrente”. De facto, estes existem dentro da mesma e a linguagem jurídica é, em Portugal, uma utilização específica da língua portuguesa. Existe assim uma relação de especialidade entre as duas.

Poderíamos pressupor que, tendo em conta esta especialidade e a tecnicidade da linguagem jurídica (por se referir a uma ciência complexa, com uma lógica interna, cuja aprendizagem não se encontra generalizada), a sua comunidade linguística seria reduzida. Pensemos na linguagem da medicina, no seu jargão, acessível a um grupo limitado de membros da

---

<sup>99</sup> CORNU, Gérard, *Linguistique Juridique*, 1990, pp.19 (tradução livre)

<sup>100</sup> ibidem, pp.21 (tradução livre)

sociedade. No entanto, apesar dos interlocutores do direito serem, de facto, limitados (o que iremos aprofundar de seguida), a linguagem jurídica tem como objetivo ser acessível ao “público em geral”. Vejamos, a este propósito, o princípio da publicidade previsto no artigo 122º da Constituição da República Portuguesa ou o disposto nos artigos 16º e 17º do Código Penal que consideram o desconhecimento de uma proibição ou da ilicitude de um ato como uma exceção à regra geral. Existe assim uma pretensão, da parte da linguagem do direito, principalmente na sua qualidade de “norma social”, de ser entendida pela generalidade da sociedade.

A linguagem do direito existe assim sempre em tensão. A sua dificuldade prende-se com o conflito entre a sua origem, erudita, e o seu destino, popular, entre os “*possuidores*”<sup>101</sup> da linguagem e os seus destinatários.

### 3- Os interlocutores do Direito

“*A língua é o código cuja existência permite ao homem comunicar dentro da sua própria comunidade linguística*”<sup>102</sup>. Na comunidade linguística do direito penal, poderemos assim identificar vários interlocutores: o legislador (a “voz divina”), o juiz, o ministério público, o advogado, etc... Estes sujeitos têm a posse da linguagem do direito, usam-na, moldam-na, criam-na. No entanto, a linguagem jurídica também reconhece outros participantes tal como o infrator, a vítima, o tutor, o sucessor e outros que, apesar de não terem plena posse da linguagem jurídica, são por ela incluídos: é-lhes estendido um convite para participarem no seu diálogo (muitas vezes por intermédio de um dos interlocutores “primários”). É importante, para a nossa análise, entendermos que a linguagem jurídica ilumina determinadas realidades<sup>103</sup> e ignora outras. Devemos aqui distinguir dois conceitos: a disponibilidade da linguagem e a inclusão na mesma. O primeiro prende-se com o princípio da publicidade acima citado: a linguagem jurídica deve almejar uma acessibilidade ao nível da sociedade em geral, trata-se de um acesso passivo à linguagem. O segundo prende-se com a possibilidade de participar ativamente enquanto sujeito dessa linguagem. Este acesso ao diálogo só se verifica nas realidades chamadas merecedoras de relevância jurídica. Tomemos o exemplo da

---

<sup>101</sup> Gérard Cornu refere, na sua obra *Linguistique Juridique*, que “o domínio, por um grupo, da linguagem do direito, é um *ato de posse*” (tradução livre)

<sup>102</sup> SAUSSURE, Ferdinand de, *Cours de Linguistique Générale*, 1979

<sup>103</sup> Reconhece, por exemplo, as relações familiares, o sexo, a raça, as relações laborais, etc.

transexualidade: até à inclusão da identidade de género na lei (por exemplo, na alínea f) do número 2 do artigo 132º do Código Penal, como um dos exemplos-padrão de especial censurabilidade para a qualificação do homicídio), esta realidade não era tida em conta pelo Direito. Deste modo, não era concedido aos transexuais o direito a participar no diálogo jurídico, pelo menos nessa qualidade. No entanto, não deixavam de ser considerados como destinatários passivos da linguagem jurídica.

Assim, e apesar de existir um esforço por parte do direito no sentido contrário, encontramos-nos perante uma comunidade linguística jurídica fechada. A admissão de interlocutores do direito é duplamente limitada: a nível passivo pelo facto, já referido, dos seus destinatários se depararem com o “ecrã linguístico” da linguagem jurídica e, a nível ativo, pela participação no diálogo estar sujeita ao reconhecimento dos sujeitos pela própria linguagem, à expressão de um “convite” linguístico.

Tendo analisado as especificidades da linguagem do direito e a comunidade linguística com a qual esta se relaciona, importa agora distinguir as suas principais funções.

#### 4- As principais funções da linguagem

Em geral, tal como estabelecido pela linguística atual, a linguagem pode ter várias funções<sup>104</sup>. No âmbito da linguagem do direito, parece-nos importante realçar duas das seis funções determinadas por Jakobson: a função referencial e a função conativa. A primeira, foca-se no referente (objeto) da mensagem. Será este o caso das alegações ou dos vários meios de prova pois pretendem trazer informações objetivas sobre o seu referente (por exemplo, na descrição de um determinado acontecimento). Por outro lado, a segunda função foca-se no recetor da mensagem: é utilizada pelo emissor para que o recetor aja sobre ele-próprio. Segundo o pensamento de Jakobson, aqui se integraria a maioria da linguagem do direito. De facto, o caso paradigmático da função conativa seria aqui a sentença, quando impusesse uma ação ao seu recetor. Também a função normativa inerente à lei se poderia integrar nesta função. No entanto, para melhor entendermos as funções específicas à linguagem jurídica, parece-nos indispensável irmos para além do pensamento de Jakobson e referirmos a teoria dos atos de

---

<sup>104</sup> Vide JAKOBSON, Roman, *Concluding Statement: Linguistics and Poetics*

linguagem<sup>105</sup> de John L. Austin. Este autor distingue assim os enunciados constativos (que descrevem ou enunciam um estado de coisas) dos enunciados performativos (que agem sobre esse estado de coisas). A linguagem do direito é constituída por uma maioria de enunciados performativos: tanto as sentenças, as escrituras como os contratos vêm alterar a realidade. Assim, quando o juiz profere a sentença condenatória, o enunciado da sentença é a condenação, o enunciado e a ação confundem-se, “*o verbo que exprime a ação consoma a ação mal é exprimido*”<sup>106</sup>: trata-se de um ato performativo.

A teoria dos atos de linguagem tem uma ampla aplicação no mundo do direito, principalmente porque é “*duplamente enquadrada pelo [mesmo]*”<sup>107</sup>: é o direito que determina as condições jurídicas a que está submetido o efeito performativo e as suas consequências.

Sublinharemos, também, que o direito atribui consequências jurídicas não só aos atos de linguagem intrinsecamente jurídicos (sentença, lei, etc.) mas também a atos de linguagem correntes, como no caso do crime de injúrias, previsto no artigo 181º do Código Penal.

## 5- A relação entre a linguagem e o Direito: a função da linguística

Poderemos assim concluir que existe uma relação umbilical entre o direito e a linguagem que este utiliza. Assim, o estudo da linguística jurídica permite-nos, desde já, retirar algumas conclusões relativamente a esta relação. Antes de mais, a linguagem é uma ferramenta do direito: permite que a respetiva comunidade linguística comunique e pense o direito. Permite também a eficácia do direito, a sua aplicação e a sua divulgação. Por outro lado, a linguagem jurídica estabelece o quadro lógico da ciência do direito, de um sistema. Deste modo, o direito torna-se uma ciência interligada, com uma lógica própria, articulada e com sentido (é a linguagem que permite que existam vários ramos do direito, com relações entre eles). Por fim, a linguagem é direito. A um determinado nível, torna-se impossível distinguir um elemento do outro pelo que a análise do primeiro implica a compreensão do segundo.

A linguística jurídica é assim uma “*ciência auxiliar do direito*”<sup>108</sup>. No entanto, é também, e antes de mais, “*herdeira da tradição jurídica*”<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> AUSTIN, John Langshaw, *Quand dire c'est faire*, Du Seuil, 1970

<sup>106</sup> CORNU, Gérard, *Linguistique Juridique*, 1990, pp.44 (tradução livre)

<sup>107</sup> ibidem

<sup>108</sup> CORNU, Gérard, *Linguistique Juridique*, 1990, pp.39 (tradução livre)

<sup>109</sup> ibidem, pp.38 (tradução livre)



Até agora entendemos o estudo da linguagem jurídica de um ponto de vista sincrónico, no momento em que é utilizada, do seu funcionamento atual. Importa, no entanto, realçar que o estudo da linguagem do direito pode ser feito numa perspetiva diacrónica, da sua história e evolução ao longo do tempo. O jurista tem, na sua análise dos textos legais, por hábito procurar o referente histórico dos termos utilizados. Importa-lhe entender o contexto em que o termo ou o enunciado terá sido utilizado para poder, então, interpretá-lo e atualizá-lo em conformidade.

Voltamos aqui a deparar-nos com o conceito de episteme de Michel Foucault. De facto, para este autor, o discurso é um elemento essencial da episteme de uma determinada altura histórica e a sua análise (de forma diacrónica) torna-se imprescindível para identificar os contornos da mesma. Também, é imperativo que, na análise da linguagem jurídica, se recorra ao estudo da sua episteme respetiva.

Entendemos assim que o estudo do Direito deve fazer-se em conjunto com o da linguística jurídica. Esta permite desvendar múltiplas realidades do Direito que são essenciais para a sua interpretação e aplicação. Um dos aspetos que aqui nos interessa analisar é a limitação da linguagem jurídica. Como já referimos, a linguagem usada no direito mantém, com a linguagem geral (no nosso caso, a língua portuguesa), um carácter de especificidade. Por esta razão, é desde já limitada. No entanto, poderemos notar que não se trata da única limitação à qual esta se sujeita e que o facto de se tratar de uma linguagem restrita tem consequências relevantes.

### **III- A prisão da linguagem**

#### **1- Um discurso limitado pela episteme**

A linguagem é, antes de mais, limitada pela episteme da sua altura histórica<sup>110</sup>. De facto, o discurso de uma determinada episteme encontra-se circunscrito ao que nela é possível representar. Este está articulado com a sua sociedade, com as restantes ciências e limitado pelo conhecimento existente e a racionalidade adotada. Por esta razão poderemos, por exemplo,

---

<sup>110</sup> Vide FOUCAULT, *Les Mots et les Choses*, 2017

detetar a existência de anacronismos e neologismos ao longo da história: a linguagem evolui consoante as epistemes e rejeita os termos que não se coadunam com a forma de ver o mundo de uma determinada altura histórica.

Para além desta limitação “natural”, existe também, ligada à episteme, uma limitação coerciva da linguagem, instituída pelo poder estabelecido<sup>111</sup>. Este irá determinar o que se pode ou não dizer, o que se deve calar e a forma como a linguagem deve ser utilizada. O exemplo mais gritante será o da censura de determinados temas ao longo da história (como o da sexualidade ou diversos discursos políticos, pela Igreja, pelos vários regimes totalitaristas, etc.) e poderíamos pensar que esta restrição não seria tão facilmente aplicável aos dias de hoje. No entanto, o controlo do discurso é uma constante histórica e poderemos assim referir, a título de exemplo atual, o uso do “politicamente correto”: determinadas palavras devem ser usadas em detrimento de outras, em defesa de uma moralidade social<sup>112</sup>.

Desta forma, a linguagem é duplamente limitada pela sua episteme. Não existe assim uma combinação infinita de possibilidades, mas sim um campo finito limitado pelo que se *consegue* representar e o que se *pode* dizer.

## 2- Um discurso limitado pelo Direito

Relativamente à linguagem jurídica, já vimos que esta é, por si, mais restrita (tanto a nível do vocabulário como dos interlocutores) do que a linguagem geral. No entanto, o próprio Direito vem impor-lhe ainda mais limites.

Germano Marques da Silva elenca, no primeiro tomo da sua obra *Direito Penal Português*<sup>113</sup>, as regras de interpretação às quais se deve sujeitar a lei penal. Estas são, antes de mais, as do

---

<sup>111</sup> “Suponho que em toda a sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, seleccionada, organizada e redistribuída por um certo número de procedimentos que têm por função esconjurar os seus poderes e perigos, dominar o seu acontecimento aleatório, esquivar a sua pesada e temível materialidade” FOUCAULT, Michel, *A ordem do discurso*, 1997, pp. 9,10

<sup>112</sup> Como, por exemplo, a utilização da palavra “invisual” em vez de “cego”. Notaremos que a carga moral associada a uma palavra vai divergir consoante as culturas: a palavra “*nigger*” nos Estados Unidos da América tem uma carga extremamente negativa, o que não será o caso na África do Sul ou da sua tradução em Portugal. Existe assim uma carga moral associada à linguagem que irá variar não só de acordo com a altura histórica, mas também com o contexto cultural e a moralidade de uma sociedade. Uma episteme é, deste modo, uma realidade não só temporal como espacial e cultural.

<sup>113</sup> MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português*, 2001, pp. 263 e ss.

Código Civil. Deste modo, nos termos do número 1 do seu artigo 13º “[a] interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada”. Encontramos, deste modo, para além do “elemento gramatical (isto é, o texto, a letra da lei), [...] o elemento lógico (que se subdivide em três: racional ou teleológico, sistemático e histórico)”<sup>114</sup>.

Para além destas regras de interpretação aplicáveis ao Direito em geral, o Direito Penal tem como especificidade os limites da Constituição da República Portuguesa, do princípio da legalidade e do princípio da tipicidade. De facto, o Direito Penal não admite a integração de lacunas nem interpretações contrárias à Constituição e, no caso da interpretação autêntica<sup>115</sup>, restringe a validade da lei interpretativa a uma validade *ex nunc*, salvo quando seja mais favorável ao delinquente.

Estes limites à interpretação e à aplicação da letra da lei penal têm por base a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. De facto, permitem, antes de mais, a garantia da igualdade dos cidadãos perante a lei, prevista no artigo 13º da Constituição, pois asseguram que as leis não são interpretadas em função do seu sujeito e de forma arbitrária ou discriminatória. Protegem, também, a segurança jurídica e a confiança jurídica dos cidadãos previstas no artigo 2º da Constituição, pilares do Estado de Direito.

Entende-se assim o porquê do controlo da interpretação das normas e, mais especificamente, da norma penal que, pela sua natureza, coloca em jogo a restrição de direitos fundamentais e a aplicação do poder coercivo do Estado.

No entanto, esta restrição interpretativa tem também consequências negativas. De facto, impede a evolução do direito em adequação com a sua sociedade e com a sua episteme. Vem reforçar, mais uma vez, o caráter insular do Direito relativamente à sociedade que rege. Por esta razão, na altura da Reforma do século XIX, o discurso jurídico se encontrava desalinhado do discurso social: preso na sua própria lógica interpretativa e impermeável ao discurso que lhe era exterior.

---

<sup>114</sup> Ibidem, pp.267 com referência a Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador

<sup>115</sup> Interpretação feita pelo órgão que criou a lei, em caso de dúvidas, mediante uma nova lei, chamada lei interpretativa – Cf. MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português*, pp.265

Relativamente a este argumento poderíamos contrapor: o discurso jurídico e a norma jurídica não são um só e se, de facto, a interpretação das normas é controlada por determinadas regras, o discurso doutrinal não o é pelo que não se justifica chegar a esta conclusão. No entanto, sendo certo que o discurso jurídico e a norma jurídica são duas realidades diferentes, a limitação da linguagem vem afetar ambos e isto, sobre tudo, porque a linguagem não é só objeto de limitações, mas exerce, ela própria, uma força repressiva.

### 3- O relativismo linguístico: a prisão da linguagem

Na sua obra *Tractatus Logico-Philosophicus*, Ludwig Wittgenstein declara “os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo”<sup>116</sup>. A ideia de que a linguagem condiciona o pensamento pode ser detetada em vários autores dos séculos XIX e XX. No entanto, é com a hipótese Sapir-Whorf (assim intitulada em referência a Benjamin Sapir e ao seu discípulo Benjamin Lee Whorf), que vem a ser consagrada e formalizada no âmbito do chamado relativismo linguístico.

Ao estudar diversas línguas, Benjamin Sapir chega à conclusão que as representações mentais dependem das categorias linguísticas, ou seja, que a forma de representar o mundo depende da linguagem. Imagine-se a linguagem como um conjunto de ferramentas: dependendo das ferramentas a que se tenha acesso, poder-se-á ver o mundo e pensar o mundo de uma determinada maneira, construir uma determinada perceção da realidade. O acesso ao real faz-se por intermédio da sua representação e interpretação.

Whorf enuncia assim o célebre exemplo da palavra “neve” para a qual a língua esquimó disporia de três palavras onde a língua inglesa só teria “snow” e que, consequentemente, “*para um esquimó, este termo genérico [snow] seria praticamente impensável*”<sup>117</sup>. Do mesmo modo, um inglês (ou português, no nosso caso) não conseguiria conceber a neve como uma realidade múltipla, mas sim una.

---

<sup>116</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tratado Lógico-filosófico*, 1987, 5.6, p.114

<sup>117</sup> SAPIR, Edward, *Selected Writings in Language, Culture, and Personality*, 1985

A hipótese Sapir-Whorf subdivide-se em duas variantes: a variante forte, do determinismo linguístico e a variante fraca, do relativismo linguístico. A primeira, desenvolvida por Benjamin Lee Whorf a partir da sua interpretação do pensamento de Edward Sapir<sup>118</sup>, postula que todas as ações e os pensamentos humanos são determinados pela sua língua de expressão. A segunda, menos radical, de Sapir, postula que uma determinada língua influencia e forma o pensamento e o comportamento humano que se exprimem nessa mesma língua.

Sapir explica, assim que *“os seres humanos não vivem sozinhos no mundo objetivo, nem sozinhos no mundo da atividade social como entendida comumente, mas estão deveras à mercê da língua específica que se tenha tornado no meio de expressão de sua sociedade. É certamente uma ilusão imaginar que alguém se adapta à realidade sem o uso da linguagem e que a linguagem é meramente um meio incidental de resolver problemas simples de comunicação e de reflexão. O cerne da questão é que o “mundo real” é, em grande medida, construído sobre os hábitos linguísticos do grupo. Não há duas línguas que sejam suficientemente similares para serem consideradas como representantes da mesma realidade social. Os mundos em que as sociedades diferentes vivem são mundos distintos, não meramente o mesmo mundo com rótulos diferentes.”*<sup>119</sup>

Descartemos a hipótese do determinismo linguístico, extensamente criticado<sup>120</sup> e desconstruído nos anos seguintes pelo seu radicalismo e pelos múltiplos contrassensos que implica<sup>121</sup>.

Mesmo que se aborde o relativismo linguístico com algum cuidado e reticência, parece-nos claro que a linguagem utilizada por um determinado locutor vai ter uma certa influência sobre o seu raciocínio ou, pelo menos, sobre a forma de o apresentar.

Deste modo, parece-nos evidente que, ao usar uma linguagem limitada, como seja a do direito, os enunciados possíveis e, conseqüentemente, o pensamento, tornam-se eles próprios limitados.

---

<sup>118</sup> Que, aliás, Herbert Landar considerava tratar-se de uma interpretação errónea – Cf. LANDAR, Herbert. *Language and Culture*, 1966.

<sup>119</sup> SAPIR, Edward, *The Status of Linguistics as a Science. Language*, 1929.

<sup>120</sup> Vide PINKER, Steven; PULLUM, Geoffrey e LENNEBERG, Eric.

<sup>121</sup> O determinismo linguístico de Whorf não aceita a possibilidade da tradução, por exemplo.

Recapitulemos. De acordo com o raciocínio de Michel Foucault em *Surveiller et Punir*, a prisão enquanto instituição nasce com falhas. Enquanto solução penal, é evidente, desde a sua implementação, que não cumpre de forma satisfatória com as finalidades da pena. Estas falhas mantêm-se hoje em dia pelo que continua a existir uma necessidade de encontrar uma nova solução penal. Ora, a prisão aparece como uma evidência desde o seu nascimento. Foucault justifica este caráter de evidência pelo facto de a prisão se encontrar em perfeita harmonia com a sua episteme, com a criação de uma sociedade disciplinar. A pena privativa de liberdade não nasce assim do discurso jurídico dos Reformistas da altura. De facto, estes propunham soluções diversas, variadas, “à medida” de cada crime. Será apenas num segundo momento que o Direito vem justificar a presença já estabelecida da instituição-prisão.

Ora, tendo mudado a episteme<sup>122</sup> e, de acordo com as previsões de Foucault<sup>123</sup>, a prisão deveria já ter desaparecido ou, pelo menos, sofrido mutações consideráveis. Porque é que, então, continua a tratar-se da “*reação criminal por excelência*”<sup>124</sup>? Assim nos parece, de modo sucinto e dentro dos limites permitidos por um trabalho desta natureza que, da mesma forma que o discurso jurídico dos Reformistas não estava a par do discurso da sua episteme, o Direito atual continua a usar de um conjunto de ferramentas linguísticas e filosóficas limitado que o irá levar sempre às mesmas conclusões. A prisão enraizou-se no quadro lógico do direito e da sua linguagem. O pensamento jurídico, influenciado pela linguagem disponível, esgotou as possibilidades de resolução do problema pelo que a única forma de tentar encontrar uma solução adequada às finalidades da pena deve passar pela abertura da linguagem do direito.

#### 4- Necessidade de abertura da linguagem do direito

Para que se consiga chegar a outras conclusões, é assim necessária a abertura do discurso jurídico a novas realidades linguísticas e a novos interlocutores. Este processo poderá permitir um verdadeiro “circular” da episteme atual e talvez dar azo a uma nova reação penal que seja satisfatória tanto do ponto de vista jurídico como social.

---

<sup>122</sup> Tendo, na nossa opinião, passado de uma episteme focada no homem para uma episteme da tecnologia.

<sup>123</sup> Na conferência sobre alternativas à prisão, Foucault defende que a prisão se vai tornar cada vez mais inútil pois é cada vez menos necessária para controlar os delinquentes visto que este controlo irá passar a ser feito de uma forma mais subtil, pelo “*saber [...], pela psicologia, a psicopatologia, a psicologia social, a psiquiatria, a psiquiatria social, a criminologia, etc.*”

<sup>124</sup> Sumário do Código Penal, Lei n.º 44/2018, de 09/08

De modo necessariamente ainda muito embrionário, tendo em vista a natureza do trabalho em causa, proporíamos, antes de mais (tendo em conta que a episteme, segundo Foucault, é a rede de ligação entre as várias ciências, entre os vários saberes de uma altura histórica), a abertura do Direito às demais ciências sociais. Poderia, assim, permitir-se uma comunicação entre as várias ciências, a um intercâmbio linguístico que permitisse uma atualização e harmonização das ferramentas linguísticas utilizadas. Ao permitir uma compreensão mútua, estimular-se-ia o pensamento interdisciplinar e a participação de novos atores no raciocínio jurídico. Não falamos apenas do que já é feito, por exemplo, em sede de criminologia, (e de todas as ciências auxiliares do direito, as quais “servem à aplicação prática do direito penal”<sup>125</sup>) em que o seu objeto se cruza com o do Direito Penal, mas sim de uma partilha de conceitos, de linguagem e de raciocínios para que se consiga alargar e atualizar a linguagem do Direito. Pensemos, por exemplo, numa harmonização dos conceitos usados por estas várias ciências: passaríamos assim da existência de várias técnicas para o estudo de um mesmo objeto a uma representação una desse objeto dentro das várias técnicas. Uma verdadeira episteme.

Num segundo momento, esta abertura deveria permitir, em condições e em termos ainda a considerar, a extensão do discurso jurídico à totalidade da sociedade. A possibilidade de integrar novos interlocutores, leigos, na resolução dos problemas jurídicos permite uma evolução mútua: a aquisição, pelos juristas, de novas perspetivas e novas ferramentas linguísticas e a atualização do pensamento social relativamente ao direito penal e aos problemas que enfrenta.

O facto de o pensamento jurídico ter sido feito à margem da sociedade implica também uma desproteção do cidadão. A ignorância da comunidade relativamente à evolução do direito penal ao longo da história torna-a suscetível a discursos de populismo penal, por exemplo. Implica, também, reações sociais “retrógradas”. A nova vaga de adesão à pena de morte, por exemplo, apenas surge a nível social, mas não a nível dos juristas penalistas porque estes últimos conhecem e estão familiarizados com os argumentos que, na altura da sua abolição, foram usados e com a lógica evolutiva da pena. É assim essencial que exista um diálogo entre a linguagem jurídica (portadora da sua história, do seu conhecimento e da sua racionalidade) e a linguagem geral (compreendida e usada pela comunidade, permeável à inovação e à criatividade).

---

<sup>125</sup> MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português*, 2001, pp. 175

Talvez, assim, se consiga ultrapassar a evidência da pena privativa da liberdade e o Direito Penal consiga, finalmente, alcançar uma reação penal digna das finalidades que pretende cumprir.

As regras do jogo devem ser acessíveis aos jogadores e atualizadas de acordo com o jogo.



## Conclusão

Em conclusão, a pena de prisão não é somente uma instituição desatualizada, é uma solução que não se coaduna nem nunca se coadunou, segundo Michel Foucault, com as finalidades do Direito Penal. As falhas que hoje lhe são apontadas remontam à sua criação e denotam a necessidade de uma nova resposta penal.

No entanto, a sua força de inércia, devida ao facto de esta ter nascido profundamente enraizada na sociedade de disciplina do século XIX, impediu que outras formas de punição a demovessem ou, pelo menos, a ultrapassassem.

O surgimento da prisão dentro do Direito Penal veio associado a um discurso e a uma lógica específica, plasmada nos códigos e na linguagem do direito. Assim, esta instituição manteve-se ao longo dos séculos e aparece tão inamovível como na altura da sua criação.

Assim sendo, para sequer conseguirmos pensar numa nova solução, será necessário reformar a linguagem do Direito e permitir que se usem novas ferramentas e novos raciocínios. Para tal, deveria dar-se uma abertura do Direito ao vocabulário, ao discurso e aos interlocutores de outras ciências e técnicas e, eventualmente, da totalidade da comunidade linguística.

Referindo-se à “falta de imaginação dos penalistas”<sup>126</sup> Germano Marques da Silva declarou, numa aula de mestrado em 2018, que o “direito penal precisa de poetas”<sup>127</sup>. Completamos que, para que tal seja possível, será necessário abrir-lhes a porta.

---

<sup>126</sup> parafraseado

<sup>127</sup> parafraseado

## Referências Bibliográficas

- FOUCAULT, Michel, *Surveiller et Punir*, Gallimard, 2017
- FOUCAULT, Michel, *Les Mots et les Choses*, Gallimard, 2018
- FOUCAULT, Michel, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, 1976
- FOUCAULT, Michel, *A ordem do discurso : aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de Dezembro de 1970*, Lisboa: Relógio de Água, 1997
- REVEL, Judith, *Le vocabulaire de Foucault*, Ellipses, 2002
- BRODEUR, J. “*Alternatives à la prison*”: *diffusion ou décroissance du contrôle social: une entrevue avec Michel Foucault*, in *Criminologie*, 26 (1), 13-34, 1993
- FOUCAULT, Michel, *La société punitive*, Cours au Collège de France, 1972-1973, Hautes Études - EHESS, Gallimard, Seuil, 2013
- CORNU, Gérard, *Linguistique Juridique*, Éditions Montchrestien, 1990
- BARRAUD, Boris, *La linguistique juridique*, La recherche juridique, L'Harmattan, 2016
- SOURIOUX, Jean-Louis e LERAT, Pierre, *Le langage du droit*, Presses Universitaires de France, 1975
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, janeiro 2011
- MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português, Parte Geral, I, Introdução e Teoria da Lei Penal*, Verbo, Dezembro de 2001
- CORREIA GONÇALVES, Pedro, *A Pena Privativa da Liberdade - Evolução Histórica e Doutrinal*, Quid Juris, 2009

-FARGES, Eric, *Penser la réforme pénitentiaire avec Michel Foucault : Apports et limites à une sociologie politique de la loi du 18 janvier 1994*, Raisons politiques, Presses de Science Po, 2007, pp.101-125.

-GROS, Frédéric, *Foucault et la société punitive*, in Pouvoirs, 2010

-PRATA, Ana, e CARVALHO, Jorge, *Dicionário Jurídico*, Almedina, 2005

-SAUSSURE, Ferdinand de, *Cours de Linguistique Générale*, Payot, 1972

-JAKOBSON, Roman, “Closing Statement: Linguistics and Poetics”, in *Style in Language* (ed. Thomas Sebeok), 1960

-BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, Lisboa: Serviço de Educação, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998

-ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social, ou principes du droit politique*, in *Collection complète des oeuvres*, Genève, 1780-1789, vol. 1, in-4°, versão online

-AUSTIN, John Langshaw, *Quand dire c'est faire*, Du Seuil, 1970

-WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tratado lógico-filosófico: investigações filosóficas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987

-SAPIR, Edward, *Selected Writings in Language, Culture, and Personality*, University of California Press, 1985

-SAPIR, Edward. *The Status of Linguistics as a Science*, in *Language*. Vol. 5, No. 4. pp. 207-214, 1929.

-LANDAR, Herbert. *Language and Culture*. New York: Oxford University Press, 1966

-Entrevista a Michel Foucault, *Les Mots et les choses*, INA, 1966  
(<https://www.youtube.com/watch?v=hem1er1VJUQ>)

-Entrevista a Michel Foucault, *Surveiller et Punir*, 1971

<https://www.youtube.com/watch?v=FzIIgODvzHw>

-Filme *Foucault contre lui-même*, François Callait, 2014

<https://www.youtube.com/watch?v=FVKw8V-CgXk>

-Gilles Deleuze, *Le parler et le voir chez Michel Foucault*, Cours sur Michel Foucault, Conférence Université Paris VIII, 1985

<https://www.sam-network.org/video/deleuze-cours-sur-foucault-formations-historiques-et-folie-1-8>

-*Surveiller et Punir aujourd'hui*, Debate entre Pierre Joxe e Frédéric Gros, 2015

<https://www.dailymotion.com/video/x2hz128>

- *Quels enseignements sur la prison peut-on tirer de "Surveiller et Punir"*, artigo por Judith Revel, Mathieu Potte-Bonneville, Daniele Lorenzini, Isabelle Fouchard, e Anne Simon in l'Humanité, maio de 2016

- PINKER, Steven, *The Language Instinct: How the Mind Creates Language*, Perennial, 1994;

-PULLUM, Geoffrey, *The Great Eskimo Vocabulary Hoax and Other Irreverent Essays on the Study of Language*, Chicago University Press, 1991

- LENNEBERG, Eric, "*Cognition in Ethnolinguistics*" in *Language*. 29 (4): 463–471, 1953